

**A Nur Aishah Suk bte Abdullah @ Sukwinder Kaur a/p
 Sajhan Singh lwn Harjeet Singh**

MAHKAMAH TINGGI (KUALA LUMPUR) — SAMAN PEMULA NO S4-24-
544-94 OF 1999

RAHMAH HUSSAIN H

B 10 OGOS 1999

Undang-undang Keluarga — *Kanak-kanak* — *Hak penjagaan* — *Permohonan untuk mengubah perintah hak penjagaan* — *Permohonan untuk memeluk agama Islam* — *Sama ada Mahkamah Tinggi mempunyai bidang kuasa untuk mengubah perintah hak penjagaan di mana salah seorang daripada ibu bapa telah memeluk agama Islam* — **C Sama ada perintah hak penjagaan harus diubah**

Pihak-pihak tersebut telah mendapatkan perintah persetujuan pada 17 Oktober 1996 yang memberikan penjagaan anak perempuan dari perkahwinan tersebut kepada responden dengan hak lawatan diberikan kepada pemohon. Pemohon kemudiannya memohon di bawah peruntukan-peruntukan undang-undang keluarga Islam kepada Mahkamah Syariah untuk satu pembubaran akan perkahwinan tersebut dan untuk hak penjagaan dan/atau lawatan. Pemohon selepas itu cuba untuk mengubah perintah Mahkamah Tinggi bertarikh 17 Oktober 1996. Responden telah membantah atas alasan bahawa mahkamah tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan tersebut kerana pemohon telah menganut agama Islam dan peruntukan-peruntukan undang-undang Islam akan terpakai. Secara alternatifnya, responden mendakwa bahawa permohonan tersebut adalah suatu penyalahgunaan proses mahkamah kerana pemohon kerap melompat daripada satu bidang kuasa kepada yang lain.

Diputuskan, membenarkan permohonan tersebut:

(1) Mahkamah Tinggi mempunyai bidang kuasa untuk mendengar perkara yang sedemikian. Sungguhpun ada permohonan yang sama iaitu hak penjagaan anak di dua mahkamah, iaitu Mahkamah Syariah dan mahkamah sivil, tetapi seperti yang diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam kes *Tan Sung Mooi v Too Miew Kim* [1994] 3 MLJ 117, 'ketidakadilan yang serius akan diakibatkan kepada pasangan (responden dalam kes sekarang) kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di Mahkamah Sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidang kuasa kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam'; *Mohd Habibullah bin Mahmood v Faridah bte Dato Talib* [1993] 1 SCR 229 dibezakan (lihat ms 553B-C).

(2) Setelah mengambil kira laporan pegawai kebajikan masyarakat mengenai latarbelakang kedua-dua pihak dan kebajikan kanak-kanak, adalah wajar perintah bertarikh 17 Oktober 1996, diubah dan hak penjagaan sekarang diberi kepada pemohon. Ini

memandangkan bahawa adalah untuk kebaikan kanak-kanak tersebut ibunya menjaga beliau kerana beliau adalah seorang anak perempuan yang sedang membesar dan akan memerlukan nasihat dan bimbingan seorang ibu lebih dari seorang bapa. Juga mengikut laporan pegawai kebajikan masyarakat kanak-kanak tersebut adalah di dalam jagaan anak buah lelaki penentang, yang berusia 17 tahun (pada masa laporan disediakan) semasa penentang bekerja. Keadaan ini tidak berapa sesuai dan selamat (lihat ms 554D-E).

[English summary]

The parties obtained a consent order on 17 October 1996 granting the custody of the daughter of the marriage to the respondent with visitation rights granted to the applicant. The applicant then applied under the provisions of Islamic family law to the Syariah Court for a dissolution of the marriage and for guardianship and/or visitation rights. The applicant thereafter sought to vary the order of the High Court dated 17 October 1996. The respondent objected on the grounds that the court had no jurisdiction to hear the application as the applicant had converted to Islam and Islamic law provisions would apply. In the alternative, the respondent alleged that the application was an abuse of the court process as the applicant was constantly leaping from one jurisdiction to another.

Held, allowing the application:

- (1) The Court of Appeal has jurisdiction to hear such matters. Even if there was a same application, ie child custody in two courts, ie the Syariah Court and the civil court, however as decided by the Supreme Court in the case of *Tan Sung Mooi v Too Miew Kim* [1994] 3 MLJ 117, 'a serious injustice will fall upon the couple (the respondent in this case) of the child not of Islam religion, as their only remedy is the civil court, if the High Court has no more jurisdiction as the Syariah Court has no jurisdiction on people who are not of Islam religion'; *Mohd Habibullah bin Mahmood v Faridah bte Dato Talib* [1993] 1 SCR 229 distinguished (see p 550B-C).
- (2) After taking into account the report of the welfare officer concerning the background of both parties and the child's welfare, it is appropriate that the order dated 17 October 1996, be changed and the custody now be given to the applicant. It is for the benefit of the child that the mother takes care of her as she is a girl reaching adulthood and will need the advice and guidance of a mother rather than a father. Also according to the report of the welfare officer the child was in the custody of the respondent's nephew, who was 17 years old (at the time the report was made) while the respondent worked. This situation was not suitable and safe (see p 551D-E).]

A Nota-nota

Untul kes-kes mengenai hak penjagaan kanak-kanak, lihat 7 *Mallal's Digest* (4th Ed, 2001 Reissue) perenggan-perenggan 2653–2673.

Kes-kes yang dirujuk

- B** *Lim Chan Seng v Pengarah Jabatan Agama Islam Pulau Pinang* [1996] 3 CLJ 231 (dirujuk)
Lim Fang Keng v Toh Kim Choo [1995] 4 MLJ 654 (dirujuk)
Mohd Habibullah bin Mahmood v Faridah bte Dato Talib [1993] 1 SCR 229 (dibeza)
C *Nor Kurshiah bte Baharuddin v Sharil bin Lamin* [1997] 1 MLJ 537 (dirujuk)
Tan Sung Mooi v Too Miew Kim [1994] 3 MLJ 117 (diikut)

Undang-undang yang dirujuk

- D** Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 ss 96, 97
Akta Penjagaan Kanak-kanak 1961 ss 1(3), 5
Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993 s 46(1), (2)
Perlembagaan Persekutuan perkara 21(1A)
E *Noor Fihan (Biro Guaman, WP)* bagi pihak pemohon.
Sukhdev Singh (Azlan Shah Sukhdev & Co) bagi pihak penentang.

Rahmah Hussain H: Permohonan pemohon adalah untuk perintah-perintah berikut:

- F** (1) Untuk mengubah perintah bertarikh 17 Oktober 1996 dengan hak jagaan anak diberikan kepada pemohon dan tidak lagi kepada penentang.
(2) Kanak-kanak tersebut hendaklah dikemukakan di mahkamah pada hari perbicaraan kes ini.
(3) Lain-lain perintah yang dianggap sesuai oleh mahkamah yang mulia
G ini.

Perintah bertarikh 17 Oktober 1996 adalah mengenai hak penjagaan dan akses kanak-kanak bernama Thanisha Kaur. Sebelum diteruskan adalah wajar latar belakang permohonan ini diuraikan. Pada 17 Oktober 1996 apabila kandungan (1) iaitu permohonan pemohon untuk, antara lain, hak penjagaan, asuhan dan kawalan kanak-kanak ditetapkan untuk pendengaran kedua-dua pihak telah mencapai persetujuan mengenai akses dan terma-terma persetujuan pun direkodkan seperti berikut:

- (1) Sebulan sekali anak di bawa ke rumah pemohon.
(2) Pemohon diberi hak melawat dua kali sebulan.
I (3) Anak akan diambil dari rumah penjaga bernama Kak Teh di Blok 209, s 24, Shah Alam. Pemohon akan menelefon Kak Teh sebelum mengambil anak.

Kemudian pada 22 April 1997 pihak pemohon telah membuat permohonan sekarang iaitu kandungan (13). Semasa permohonan di dengar peguam penentang telah membangkitkan bantahan permulaan atas dua (2) isu. Pertama bahawa mahkamah ini tiada bidang kuasa untuk mendengar permohonan ini sama ada di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961 ('Akta 1961') atau di bawah Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 ('Akta 1976'); kedua bahawa permohonan ini adalah satu penyalahgunaan proses mahkamah.

Permohonan pemohon ini adalah di bawah Akta Penjagaan Kanak-Kanak 1961, ('Akta 1961'). Seksyen 1(3) Akta 1961 tersebut memperuntukkan:

Nothing in this Act shall apply in any State to persons professing the religion of Islam until this Act has been adopted by a law made by the Legislature of that State; and any such law may provide that:

- (a) nothing in this Act which is contrary to the religion of Islam or the custom of the Malays shall apply to any person under the age of eighteen years who professes the religion of Islam and whose father professes or professed at the date of his death that religion or, in the case of an illegitimate child, whose mother so professes or professed that religion; and
- (b) in the case of any other person, this Act, so far as they are contrary to the religion of Islam, shall cease to apply to such person upon his professing the religion of Islam, if at the date of such professing he has completed his age of eighteen years or, if not having completed such age, he professes the religion of Islam with the consent of the person who under this Act is the guardian of the person of the infant.

Oleh yang demikian, adalah jelas bahawa Akta 1961 tersebut tidak terpakai terhadap mana-mana Mahkamah Syariah melainkan ianya terlebih dahulu di terimapakai oleh mahkamah di Malaysia. Walaubagaimana pun mengikut artikel, yang ditulis oleh Associate Professor Wu Min Aun berjudul *Guardianship, Custody & Abduction of Children Across National Boundaries* [1955] 1 MLJ (i) jelas memperkatakan bahawa:

Presently, the 1961 Act has been adopted by all the States in Peninsular Malaysia except the State of Kelantan.

Persoalannya sekarang apakah kesan daripada perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan mengenai bidang kuasa Mahkamah Tinggi Sivil Kuala Lumpur tentang permohonan seperti di kandungan (13) di mana pemohon telah memeluk agama Islam?

Adalah hujahan peguam pemohon bahawa s 46(1) Akta Pentadbiran Undang-Undang Islam (Wilayah-Wilayah Persekutuan) 1993, memperuntukkan bahawa Mahkamah Tinggi Syariah, Wilayah Persekutuan, mempunyai bidang kuasa Mahkamah (sivil) untuk mendengar dan memutuskan semua kausa dan prosiding di mana pihak-pihak adalah beragama Islam, yang berkaitan, inter alia, 'penjagaan atau jagaan (hadhanah) budah-budak' (sila lihat s 46(1)(b)(iii)). Perkara 121(1A) Perlembagaan Persekutuan pula memperuntukkan seperti berikut:

A The courts referred to in cl (1) (that is 'There shall be two High Courts of co-ordinate jurisdiction and status, namely:

(a) one in the States of Malaya, which shall be known as the High Court in Malaya and shall have its principal registry in Kuala Lumpur; and

B (b) one in the States of Sabah and Sarawak, which shall be known as the High Court in Sabah and Sarawak and shall have its principal registry at such place in the States of Sabah and Sarawak as the Yang di-Pertuan Agong may determine; and such inferior courts as may be provided by federal law; and the High Courts and inferior courts shall have such jurisdiction and powers as may be conferred by or under federal law')

shall have no jurisdiction in respect of any matter within the jurisdiction of the Syariah Court.

C Peguam kemudian merujuk kepada kes *Tan Sung Mooi v Too Miew Kim* [1994] 3 MLJ 117, di mana Mahkamah Agung (pada masa itu) telah memutuskan tentang bidang kuasa mahkamah, iaitu apabila satu pihak beragama Islam, manakala satu pihak lagi bukan beragama Islam. Peguam juga merujuk kepada beberapa kes-kes lain iaitu *Lim Chan Seng v Pengarah Jabatan Agama Islam Pulau Pinang* dan satu kes yang lain [1996] 3 CLJ 231; *Nor Kursiah Bte Baharuddin v Shahril Bin Lamin* [1997] 1 MLJ 537; serta kes *Lim Fang Keng v Toh Kim Choo* [1995] 4 MLJ 654, yang mengikut peguam mempunyai banyak persamaan dengan kes sekarang.

E Peguam penentang, sebaliknya berhujah, bahawa dari fakta kes sekarang, adalah jelas menunjukkan Akta 1961 tersebut dan Akta Memperbaharui Undang-Undang 1976, adalah tidak terpakai terhadap pemohon kerana beliau seorang Islam. Oleh itu, mahkamah ini tidak mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan ini.

F Mengenai isu pertindihan bidang kuasa akibat penambahan fasal (1A) kepada perkara 121 Perlembagaan Persekutuan, pada pendapat saya ianya telah dengan jelasnya dijawab oleh Mahkamah Agung (pada masa itu) dalam kes *Tan Sung Mooi v Too Miew Kim* [1994] 3 MLJ 117 di mana telah diputuskan (dalam bahasa asal):

Held, remitting the case to the High Court for final disposal of the ancillary application:

G (1) In the present reference, it is common ground that both parties were non-Muslims who contracted a non-Muslim marriage. It follows that as the petitioner's application under ss 76 and 77 concerned matters affecting both parties' legal obligations as non-Muslims and incidental to the granting of the divorce, the High Court would have jurisdiction to hear and determine the ancillary proceedings despite the fact that the respondent had converted to Islam after the divorce but before the hearing of the ancillary application.

I Mengenai hujahan peguam penentang bahawa terdapat perbezaan di antara kes Mahkamah Agung yang dirujuk dan kes sekarang, iaitu pempetisyen di dalam kes tersebut adalah seorang yang tidak beragama Islam tetapi dalam kes kita pemohon adalah seorang yang telah memeluk agama Islam, adalah pendapat saya, perbezaan ini tidak menjadi isu, kerana Mahkamah Agung telah dengan jelasnya memutuskan bahawa 'ketidakadilan yang serius akan

diakibatkan kepada pasangan dan kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di dalam mahkamah sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidang kuasa, kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam.

Dengan menerima pakai keputusan tersebut di atas, saya berpendapat bahawa mahkamah ini mempunyai bidang kuasa untuk mendengar permohonan di kandungan (13).

Mengenai isu kedua pula, iaitu penyalahgunaan proses mahkamah kerana mengikut peguam penentang, pemohon telah melompat dari satu bidang kuasa ke bidang kuasa yang lain, dengan hormatnya saya tidak bersetuju hujahan tersebut. Dalam kes di Mahkamah Tinggi Sivil melalui saman pemula bertarikh 9 Ogos 1996, Perintah bertarikh 17 Oktober 1996 telah diperolehi, dengan persetujuan kedua-dua pihak. Manakala tindakan di Mahkamah Syariah, Wilayah Persekutuan adalah permohonan untuk pembubaran perkahwinan akibat dari pertukaran agama di bawah s 46(2) Akta Undang-Undang Keluarga Islam Wilayah Persekutuan 1984 dan juga untuk hak lawatan keatas anak dan/atau hak jagaan kepadanya. Dalam permohonan saman dalam kamar iaitu permohonan yang di dengar sekarang ialah untuk mengubah perintah bertarikh 17 Oktober 1996 dengan hak jagaan diberikan kepadanya. Oleh hal yang demikian bagi permohonan sekarang pemohon terpaksa datang ke Mahkamah Tinggi Sivil kerana hendak mengubah perintah tersebut.

Bagi pengubahan atau variasi perintah mahkamah mengenai penjagaan seseorang anak, ada peruntukan-peruntukan tertentu yang memberi kuasa kepada Mahkamah berbuat demikian. Satu daripadanya ialah s 5 Akta 1961 yang memperuntukkan sejelas-jelasnya bahawa:

Subject to s 10, the father of an infant shall be the guardian of the infant's person and property:

Provided that the Court or a Judge may make such order as it or he thinks fit regarding the custody of the infant, and the right of access thereto of either parent, and may vary or discharge such order at any time on the application of either parent.

Lagi satu perubahan ialah ss 96 dan 97 Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 ('Akta 1976') yang menyatakan:

96 Kuasa bagi mahkamah mengubah perintah mengenai penjagaan atau nafkah

Mahkamah boleh pada bila-bila masa dan dari semasa ke semasa mengubah, atau boleh membatalkan sesuatu perintah mengenai penjagaan atau nafkah seseorang anak atas permohonan seseorang yang ada mempunyai kepentingan, jika mahkamah berpuas hati bahawa perintah itu telah diasaskan atas sesuatu salah pernyataan atau kekhilafan fakta atau jika sesuatu perubahan matan telah berlaku tentang hal keadaan.

97 Kuasa bagi mahkamah mengubah perjanjian mengenai penjagaan atau nafkah

A Mahkamah boleh pada bila-bila masa dan dari semasa ke semasa mengubah syarat-syarat bagi sesuatu perjanjian berhubung dengan penjagaan atau nafkah seseorang anak, sama ada dibuat sebelum atau selepas tarikh yang ditetapkan, walau apa pun peruntukan sebaliknya dalam sesuatu perjanjian itu, jika mahkamah berpuas hati bahawa adalah munasabah dan untuk kebajikan anak itu berbuat demikian.

B Sungguhpun ada permohonan yang sama iaitu hak penjagaan anak di dua Mahkamah, iaitu Mahkamah Syariah dan mahkamah sivil, tetapi seperti yang diputuskan oleh Mahkamah Agung dalam kes *Tan Sung Mooi*, 'ketidakadilan yang serius akan diakibatkan kepada pasangan (responden dalam kes sekarang) kanak-kanak yang tidak beragama Islam, kerana remedi tunggal mereka adalah di Mahkamah Sivil, jika Mahkamah Tinggi tidak lagi mempunyai bidang kuasa kerana Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidang kuasa terhadap orang yang tidak menganut agama Islam'.

C Kes *Mohd Habibullah bin Mahmood v Faridah bte Dato Talib* [1993] 1 SCR 229 yang dirujuk oleh peguam penentang pada pendapat saya adalah tidak terpakai dalam kes sekarang kerana faktanya berbeza. Dalam kes tersebut kedua-dua pihak adalah orang Islam. Di ms 806-807, Mohamed Azmi HMA (pada masa itu) telah dengan jelas menyatakan:

D From the statement of claim and ex parte summons for interlocutory injunction, the present dispute is clearly between a Muslim married couple where the wife's petition for dissolution of marriage is still pending in the Syariah Court. The subsequent claim in the High Court for damages and injunction are based on alleged acts of assault and battery by the husband arising from or connected with the petition for dissolution of marriage in the Syariah Court. It is pertinent to refer to the basis of Faridah's claim for damages and injunction under para 4 which alleges: '*During the course of marriage between the plaintiff and the defendant, the defendant had battered the plaintiff on numerous occasions.*' (Emphasis added.)

E Thus, the root of her complaint relates to the conduct of Habibullah as a husband during the course of a Muslim marriage. It is not really a civil or criminal matter simpliciter as suggested by the trial judge. In fact and in law, the alleged assault and battery constitute matrimonial offence or misconduct by Habibullah which may entitled Faridah to a dissolution of her marriage under Muslim law as enacted in the Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984. Under s 52(1)(h)(i) of the Act, a woman married in accordance with Hukum Syara' shall be entitled to obtain an order for the dissolution of marriage or fasakh if the husband treats her with cruelty, that is to say, inter alia, habitually assaults her or makes her life miserable by cruelty of conduct. Since the complaint relates to marriage, the matter should, if at all, be dealt with by the court in its matrimonial and not in its general civil jurisdiction.

F In support of her application in the High Court for interlocutory injunction, Faridah admitted in para 8 of her affidavit dated 11 February 1989, that her application was made after she had filed divorce papers in the Syariah Court and was then waiting for a hearing date. Once the parties have submitted themselves to the jurisdiction of the Syariah Court, and once the Syariah Court has taken cognizance of the matrimonial cause on the ground of the husband's misconduct, it would in my view be an abuse of process under para (d) of O 18 r 19 of the RHC for Faridah to the High Court and complain over the same misconduct.

I

Di atas alasan-alasan tersebut, saya berpendapat bantahan permulaan penentang tiada bermerit sama sekali dan telah menolaknya.

Seterusnya saya telah beralih kepada merit permohonan pemohon pula. Dalam hujahannya peguam pemohon telah memberi beberapa alasan mengapa pemohon membuat permohonan ini. Pertama, bahawa di masa sekarang ekonominya telah stabil; kedua, penentang telah gagal mematuhi perintah bertarikh 17 Oktober 1996 mengenai akses; ketiga, kesihatan kanak-kanak terjejas iaitu mengalami penyakit kulit (panau dan kudis buta); keempat, kedudukan pemohon lebih baik untuk menjaga kanak-kanak; dan kelima bahawa penentang adalah seorang 'kaki botol' dan gemar melihat filem-filem lucu. Sebaliknya penentang cuba memberi gambaran kepada mahkamah bahawa pemohon adalah seorang yang tidak bermoral kerana telah memulakan perhubungan sulit di luar nikah dengan seorang pendatang haram bernama Kushal Khan. Juga perbuatannya itu akan mendedahkan anak berkenaan kepada perbuatan maksiat yang boleh membawa kesan buruk kepada pertumbuhan moral dan mental anak tersebut.

Setelah mengambil kira laporan pegawai kebajikan masyarakat mengenai latarbelakang kedua-dua pihak dan kebajikan kanak-kanak, pada hemat saya adalah wajar perintah bertarikh 17 Oktober 1996, diubah dan hak penjagaan sekarang diberi kepada pemohon. Ini memandangkan bahawa adalah untuk kebaikan kanak-kanak tersebut ibunya menjaga beliau kerana beliau adalah seorang anak perempuan yang sedang membesar dan akan memerlukan nasihat dan bimbingan seorang ibu lebih dari seorang bapa. Juga mengikut laporan pegawai kebajikan masyarakat kanak-kanak tersebut adalah di dalam jagaan anak buah lelaki penentang, yang berusia 17 tahun (pada masa laporan disediakan) semasa penentang bekerja. Pada pendapat saya keadaan ini tidak berapa sesuai dan selamat. Dengan hal yang demikian, saya telah membenarkan permohonan pemohon dengan kos.

Permohonan dibenarkan.

Dilaporkan oleh Andrew Christopher Simon

A

B

C

D

E

F

G

H

I